

VU Research Portal

Schadevergoeding en schadeberekening

Akkermans, A.J.

published in

Aanbesteding en aanspraakelijkheid
2001

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (2001). Schadevergoeding en schadeberekening. In EH. Pijnacker Hordgk (Ed.), *Aanbesteding en aanspraakelijkheid* (pp. 19-50). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Schadevergoeding en schadeberekening

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt nagegaan (i) in welke situaties de aanbesteder verplicht kan zijn schade te vergoeden, (ii) wat de aard van de schade is die voor vergoeding in aanmerking komt en (iii) hoe de te vergoeden schade wordt berekend. De eerste twee vragen zullen gezamenlijk worden behandeld, de derde vraag apart. Terwijl het eerste gedeelte van deze bijdrage een meer theoretisch, bespiegeld en verkennend karakter heeft, behelst het tweede gedeelte veeleer een inventarisatie van voorhanden – maar nog niet eerder in kaart gebrachte – jurisprudentie.

2 In welke situaties komt welke schade voor vergoeding in aanmerking?

2.1 *Vermogensschade en ander nadeel*

De bepaling van de omvang van de schadevergoedingsplicht vindt plaats volgens de regels van de artikelen 6:95 e.v. BW. Ongeacht of het schadeveroorzakende feit nu als wanprestatie of als onrechtmatige daad moet worden gekwalificeerd geldt dat vermogensschade in alle gevallen voor vergoeding in aanmerking komt (artikel 6:95 BW). Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst (aldus artikel 6:96 lid 1 BW). Ingevolge artikel 6:95 BW kan ook ‘ander nadeel’ dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen ‘voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.’ Dit ‘ander nadeel’ betreft immateriële schade waarvoor vergoeding (‘smartengeld’) kan worden toegekend indien sprake is van één van de situaties bedoeld in artikel 6:106 lid 1 BW. Dit laatste is in een aanbestedingsrechtelijke context slechts onder uitzonderlijke omstandigheden denkbaar.¹ Praktijkvoorbeelden zijn tot dusver niet bekend.

* A.J. Akkermans is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en E.H. Pijnacker Hordijk is partner bij De Brauw Blackstone Westbroek (Linklaters Alliance) te Amsterdam.

1 Vergelijk HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 nt. MA (Kipen Sloetjes/Rabobank), betreffende smartengeld wegens het ten ondergaan van een eigen bedrijf.

2.2 Vergoeding van het positief belang

Uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht is dat de geleden schade volledig moet worden vergoed. Naar algemeen wordt aangenomen betekent dit bij wanprestatie dat het zogenaamde 'positief belang' of 'positief contractsbelang' voor vergoeding in aanmerking komt.² Onder vergoeding van het positief (contracts)belang wordt verstaan dat de gelaedeerde in de situatie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de opdracht aan hem zou zijn gegund en de overeenkomst behoorlijk zou zijn nagekomen. In de aanbestedingsrechtelijke context heeft dezelfde maatstaf te gelden wanneer het schadeveroorzakende feit als onrechtmatige daad wordt aangemerkt.³

Als uitgangspunt geldt dat alleen een vergoedingsplicht bestaat wanneer kan worden aangetoond dat de gegadigde de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld. Slaagt de gegadigde in dat bewijs dan heeft hij recht op vergoeding van zijn positief belang. Is echter onvoldoende aannemelijk dat de opdracht aan de gegadigde had moeten worden gegund, dan is niet vast komen te staan dat hij door de onregelmatige aanbesteding schade heeft geleden, en is voor vergoeding in het geheel geen plaats. In de regel zal de rechter over deze vraag – had eiser de opdracht gekregen in het hypothetische geval dat de aanbesteder de opdracht wél conform de regels zou hebben gegund, ja of nee – de knoop kunnen doorhakken, en is de kwestie van de vergoedingsplicht er een van alles of niets. Met name wanneer het gunningscriterium van de laagste prijs is toegepast, zal veelal aan de hand van de inschrijfcijfers kunnen worden bepaald welke inschrijver voor gunning van de opdracht in aanmerking had moeten komen, terwijl de toetsing aan de geschiktheidseisen zich in beginsel eveneens leent voor volledige rechterlijke toetsing. In de in paragraaf 2.2. nader te bespreken jurisprudentie van de Raad van Arbitrage wordt (impliciet) als algemeen uitgangspunt gehanteerd de gedachte dat enkel ruimte bestaat voor vergoeding van schade (geleden verlies en gederfde winst) verband houdend met een gemiste opdracht, indien voldoende is komen vast te staan dat die opdracht bij een regelconform verloop van de aanbestedingsprocedure aan de eisende partij zou zijn gegund.

2 Zie voor dit begrip Asser-Hartkamp I (2000) nr. 413, Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 32.

3 Vergelijk HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 nt. CJHB (Plas/Valburg) waarin de Hoge Raad oordeelde dat ingeval van ongeoorloofd afbreken van onderhandelingen het positief belang voor vergoeding in aanmerking kan komen.

2.3 Vergoeding voor het verlies van een kans

Onder omstandigheden is het voor de rechter niet mogelijk om uit te maken of een opdracht aan de gepasseerde gegadigde had moeten worden gegund of niet. Het gaat immers om de beoordeling van de uitkomst van een hypothetische gang van zaken. Die heeft nooit werkelijk plaatsgevonden en is dus niet vatbaar voor strikt bewijs. Soms blijft over die hypothetische uitkomst zodanige twijfel bestaan dat niet méér kan worden vastgesteld dan dat eiser een bepaalde *kans* zou hebben gehad om de opdracht te krijgen. Met name wanneer het gunningscriterium van de economisch meest voordelige aanbidding is gehanteerd kan het – vooral wanneer de aanbesteder een groot aantal subcriteria heeft geformuleerd en sprake is van een meer complexe opdracht – voor de rechter onmogelijk zijn om tot een eenduidig oordeel te komen over de uitkomst in het hypothetische geval dat de aanbesteder de opdracht wél conform de regels zou hebben gegund. Onder die omstandigheden kan een beslissing volgens het alles of niets schema onbevredigende resultaten opleveren. Gaat men ervan uit dat de opdracht niet aan eiser zou zijn gegund dan wordt eiser met lege handen naar huis gestuurd ondanks de reële mogelijkheid dat hij de opdracht wel degelijk zou hebben verworven. Beslist men dat de opdracht wél zou zijn gegund dan moet de aanbesteder de volledige schade vergoeden ondanks de reële mogelijkheid dat eiser de opdracht ook bij regelconforme aanbesteding niet zou hebben gekregen. Is het voor de rechter – ondanks de rechtens vereiste objectivering van het gunningstraject – niet mogelijk te bepalen welke inschrijving in het licht van de toepasselijke gunningscriteria als winnende aanbidding uit de bus had moeten komen, dan biedt de zogenaamde proportionele benadering uitkomst.⁴ Daarin knoopt men aan bij de constatering dat de benadeelde door de onregelmatige aanbesteding in elk geval een bepaalde kans heeft verloren om de opdracht te verwerven, en wordt schadevergoeding toegekend voor het verlies van die kans. De omvang van deze schade wordt dan begroot op basis van een inschatting van de grootte van de verloren kans. Wordt bijvoorbeeld de kans die de inschrijver bij correcte aanbesteding zou hebben gehad op 1/3 geschat, dan dient de aanbesteder in beginsel 1/3 van het positieve belang te vergoeden. Het toekennen van een proportionele schadevergoeding voor het verlies van een kans op het sluiten van een contract is aanvaardbaar geacht door de Hoge Raad.⁵ De proportionele benadering wordt op een toenemend aantal terreinen van het

4 Zie hierover in het algemeen A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg 1997 en over het verlies van een kans op het afsluiten van een contract in het bijzonder A.J. Akkermans, *Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid*, in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000, p. 113-115.

5 HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 nt. CJHB (Heesch/Reijs) waarover Akkermans, a.w. (noot 4), p. 113 en Akkermans, t.a.p. (noot 4), p. 113-114.

aansprakelijkheidsrecht gehanteerd.⁶ Het tot dusver enige bekende Nederlandse⁷ praktijkvoorbeeld van toepassing bij een onregelmatige aanbesteding is het hierna (onder gevaltype d) te bespreken vonnis van de Rechtbank Den Haag van 29 maart 2000.⁸

Niet ondenkbaar is dat een gegadigde ook op vergoeding van de tegenwaarde van een verloren kans aanspraak kan maken in gevallen waarin überhaupt geen aanbesteding heeft plaatsgevonden en de aanbesteder in strijd met de toepasselijke regelgeving de opdracht onderhands heeft gegund. Zie nader over deze situatie hierna onder gevaltype a. Het problematische aan deze situatie is dat niet vaststaat wat de totale populatie van potentiële gegadigden is, welke andere aanbieders realiter een serieus aanbod zouden hebben gedaan respectievelijk⁹ in staat zouden zijn gesteld een aanbod te doen, noch wat de inhoud van die aanbiedingen zou zijn geweest. Daarom lijkt ons dat een potentiële gegadigde in een dergelijk geval realiter nimmer zal kunnen aantonen dat de opdracht bij een aanbesteding volgens de regels juist aan hem zou zijn gegund. Maar ook het bewijs dat hij een reële kans op gunning van de opdracht zou hebben gehad zal slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden te leveren zijn.

2.4 *Ver verwijderde schadeposten*

Is eenmaal uitgemaakt dat de opdracht aan de gepasseerde gegadigde had moeten worden gegund, dan is het causaliteitsvraagstuk voor het overige zelden voorwerp van debat. In aanbestedingsaangelegenheden bestaat tussen partijen meestal geen verschil van mening over de vraag welke schadeposten aan het schadeveroorzakende handelen kunnen worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW. Een uitzondering hierop zijn de pogingen die zijn gedaan om vervolgschade in de vorm van gederfde winst op mogelijke latere opdrachten vergoed te krijgen. Een argument daarvoor is bijvoorbeeld dat de gemiste ervaring had kunnen meewegen bij de verwerving van volgende opdrachten. Dergelijke pogingen hebben tot nog toe nooit succes opgeleverd. Het verband met het schadeveroorzakende handelen wordt te ver verwijderd en te onzeker geacht. In de jurisprudentie zijn hiervan de nodige voorbeelden aan te treffen. Ook pogingen schade in de vorm van aantasting van de goede naam vergoed te krijgen hebben tot nu toe nooit succes opgeleverd. Op een en ander wordt teruggekomen in paragraaf 3.

6 Voor een overzicht zie Akkermans, t.a.p. (noot 4), p. 102-128.

7 Voor praktijkvoorbeelden uit het Belgische recht zie M.G. Faure Het verlies van een kans in België, in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000, p. 181-183. Deze voorbeelden zien overigens op situaties waarin naar Nederlands recht het recht op vergoeding van het positieve belang ten volle toegekend zou worden.

8 Niet gepubliceerd, hoger beroep ingesteld.

9 In het geval van een niet-openbare procedure.

2.5 *Vergoeding van het negatief belang*

Onder bepaalde omstandigheden kan enkel vergoeding van de gemaakte kosten – het negatief belang – op zijn plaats zijn. Deze mogelijkheid komt in beeld wanneer een aanbesteding wordt afgelast zonder dat het tot gunning van een opdracht komt. Heeft de aanbesteder de opdracht wél gegund dan bestaan in beginsel slechts de drie hiervoor reeds besproken mogelijkheden: (1) als aan eiser had moeten worden gegund: vergoeding van het positieve belang, (2) als een reële kans bestaat dat aan eiser had moeten worden gegund: vergoeding van het verlies van die kans, of (3) als aan een derde had moeten worden gegund (althans als *geen* reële kans bestaat dat aan eiser had moeten worden gegund): geen vergoeding. Maar wanneer de aanbesteding wordt afgelast zonder dat het tot gunning van een opdracht komt, kan plaats zijn voor een vierde mogelijkheid, namelijk (4) vergoeding van het negatief belang. Omdat een aanbesteder in beginsel niet gehouden is een aanbestede opdracht daadwerkelijk te gunnen, bestaat bij afgelasting hooguit ruimte voor vergoeding van de door inschrijvers gemaakte kosten, en niet voor vergoeding van het positief contractsbelang. Deze mogelijkheid dient zich aan wanneer feiten en omstandigheden kunnen worden aangevoerd die een in beginsel rechtmatige annulering van een aanbestedingsprocedure toch onrechtmatig doen zijn jegens de inschrijvers. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de redenen voor annulering (uitsluitend) terug kunnen worden gevoerd op verwijtbare tekortkomingen van de aanbesteder bij het opstellen van de voorwaarden, en niet op gedragingen van gegadigden/inschrijvers of op (onvoorzienbare) externe ontwikkelingen. In dat geval kan de aanbesteder gehouden zijn tot vergoeding van het negatief belang: de door de inschrijvers gemaakte kosten.

In dit kader behoeft tot slot nog bespreking artikel 2 lid 7 van Richtlijn 92/13/EEG, de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren,¹⁰ dat luidt als volgt:

Wanneer een eis tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van de kosten van het opstellen van een offerte of van de deelneming aan een aanbestedingsprocedure moet degene die de vordering instelt uitsluitend aantonen dat er sprake is van schending van het Gemeenschapsrecht inzake aanbestedingen of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet en dat hij reële kansen had om de opdracht in de wacht te slepen als deze schending niet had plaatsgevonden.

Deze bepaling – die overigens geen evenknie vindt in Richtlijn 89/665/EEG, de ‘Algemene’ Rechtsbeschermingsrichtlijn¹¹ – is enkel relevant voor opdrachtgevers

10 PbEG 1992, L 76/14.

11 PbEG 1989, L 395/33.

in de nutssectoren. Daargelaten dat niet valt in te zien waarom deze categorie aanbesteders zwaardere aansprakelijkheidscriteria dienen te gelden dan voor andere categorieën aanbestedende diensten, menen wij dat ook overigens deze bepaling niets toevoegt aan de geldende Nederlandsrechtelijke aansprakelijkheidsregels (en ook niets zou dienen toe te voegen). In dat verband moet worden bedacht dat de Richtlijnbeeping als voorwaarde voor aansprakelijkheid niet alleen eist dat de gelaedeerde reële kansen had om de opdracht in de wacht te slepen, maar dat bovendien die kansen *door de schending* zijn verkleind (zie hiervoor de laatste zinsnede van de bepaling). In verband met dat laatste biedt de Richtlijnbeeping per saldo geen bewijsverlichting. In die gevallen waarin de gepasseerde gegadigde een aanspraak op het positief belang, respectievelijk op vergoeding van de waarde van een gemiste kans, niet hard kan maken – zie hetgeen hiervoor is besproken – zal hij evenmin kunnen slagen in een claim tot vergoeding van het negatief belang op grond van het bepaalde in de Richtlijn.

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond zullen wij nu de diverse gevaltypen nader onder de loep nemen.¹²

Gevaltype a

Een aanbesteder gaat in het geheel niet over tot het volgen van een aanbestedingsprocedure maar knoopt direct contacten aan met een bepaalde onderneming. Een andere onderneming voelt zich hierdoor benadeeld en verlangt van de aanbesteder dat deze het nadeel compenseert.

Het geval dat überhaupt geen aanbesteding heeft plaatsgevonden en de aanbesteder in strijd met de toepasselijke regelgeving onderhands heeft gegund, werd hiervoor al aangestipt. Zoals gezegd is het problematische aan deze situatie dat niet vaststaat welke andere aanbieders een aanbod zouden hebben gedaan respectievelijk zouden hebben kunnen doen,¹³ noch wat de inhoud van hun aanbod zou zijn geweest. Het enige dat vaststaat is aan wie en onder welke voorwaarden onderhands is gegund. De benadeelde ondernemer zal feiten en omstandigheden moeten kunnen aanvoeren die aannemelijk maken dat hij een kansrijke gegadigde zou zijn geweest. Zonder dergelijke feiten en omstandigheden is er immers niets wat de benadeelde onderscheidt van willekeurig welke andere aanbieder die in zijn algemeenheid in staat is de betrokken opdracht uit te voeren, en kan van enige schadevergoeding

12 Het gaat hier om de gevaltypen die ons door de redactie van dit boek zijn voorgelegd.

13 Bedacht moet worden dat de aanbesteder te allen tijde de keuze heeft tussen een openbare en een niet-openbare aanbesteding, alsmede dat hij in het laatste geval totale vrijheid heeft om een minimum en maximum te stellen aan het aantal inschrijvers, mits het minimum niet kleiner is dan vijf.

geen sprake zijn. Slechts onder bijzondere omstandigheden zal de benadeelde in deze stelplicht en het daarbij behorende bewijs kunnen slagen.

Een eerste stap is dat de benadeelde aannemelijk moet maken dat hij behoort tot een – in beginsel beperkte – kring van aanbidders die zich bij uitstek voor gunning van de opdracht kwalificeert. Een voorbeeld is de onderhandse gunning van een duurcontract als vervolgopdracht voor een lopend contract, waarbij de zittende contractant door een een-tweetje tussen de opdrachtgever en een derde de kans wordt ontnomen om de herhalingsopdracht in de wacht te slepen. In een dergelijk geval is duidelijk dat de zittende contractant – mits hij gedurende de looptijd van het oorspronkelijke contract zijn verplichtingen correct is nagekomen – in een positie verkeert waarin hij normaal gesproken tenminste een kans zou hebben gemaakt op gunning van de vervolgopdracht.

Een tweede stap is dat moet worden aangetoond dat de benadeelde de opdracht ook daadwerkelijk zou hebben verworven, althans dat hij een reële kans daarop zou hebben gehad. Wil de benadeelde vergoeding van zijn *positieve belang* dan zal hij voldoende aannemelijk moeten maken dat de opdracht bij aanbesteding aan hem zou zijn gegund, en niet aan een ander. Dit betekent dat de mogelijkheid dat de opdracht bij aanbesteding aan een andere gegadigde zou zijn gegund met voldoende zekerheid moet kunnen worden uitgesloten. Zoals gezegd lijkt ons dat zulks in de praktijk realiter niet zal kunnen worden aangetoond. Gaat het om vergoeding voor *het verlies van een kans* dan ligt de drempel lager. In dat geval hoeft de bedoelde mogelijkheid niet te kunnen worden uitgesloten. Die enkele *mogelijkheid* neemt immers niet weg dat (ook) de benadeelde een reële kans op gunning zou hebben gehad. Maar wanneer met *overwegende waarschijnlijkheid* de opdracht aan een andere gegadigde zou zijn gegund is ook voor vergoeding van het verlies van een kans geen plaats meer. Dan moet de eventuele kans dat de benadeelde de opdracht zou hebben gekregen in elk geval te klein worden geacht om nog voor vergoeding in aanmerking te komen.¹⁴ Acht men een schadeclaim uit hoofde van een gemiste kans op zijn plaats, dan zal de omvang van die kans zeer moeilijk te bepalen zijn. Dat hangt samen met de eerdergenoemde factoren: de onbekendheid van de populatie van gegadigden en de procedurele keuzevrijheid van de aanbesteder. Veel meer dan een beredeneerde schatting zal de rechter niet kunnen maken.¹⁵

Bij de beoordeling van de hypothetische gang van zaken indien zou zijn aanbesteed spelen uiteraard de voorwaarden waaronder de daadwerkelijke

14 Zie over de minimale en maximale grootte van een te vergoeden kans Akkermans, a.w. (noot 4), p. 244-254.

15 Dat is inherent aan een proportionele oplossing, net zoals bijvoorbeeld aan de toepassing van art. 6:101 BW over 'eigen schuld' (vergelijk HR 5 december 1997, NJ 1998, 400, (Terminus/ZAO)). Dat exactheid bij de begroting van schade in de praktijk wel vaker te hoog is gegrepen, is een realiteit die ook de wetgever volledig heeft aanvaard, zie art. 6:97 BW, tweede volzin.

opdrachtnemer de opdracht gegund heeft gekregen een belangrijke rol. Zo zal in het voorbeeld van de misgelopen herhalingsopdracht, indien de daadwerkelijke opdrachtnemer bij de onderhandse aanbesteding van de herhalingsopdracht aanmerkelijk gunstiger condities heeft geboden dan waaronder de zittende contractant tot dusver had gewerkt, dat in de regel¹⁶ een aanwijzing kunnen zijn dat hij ook wanneer de opdracht conform de regels zou zijn aanbesteed, een aanmerkelijk betere kans op gunning zou hebben gehad dan de zittende contractant.¹⁷

Opmerking verdient nog dat in gevallen waarin de benadeelde kan aantonen dat hij een bijzonder belang heeft bij de opdracht, in de regel van hem zal mogen worden verwacht dat hij van de (voorgenomen) gunning van de opdracht op de hoogte is. Is dat het geval – zo zou kunnen worden betoogd – dan mag ook worden verwacht dat hij tijdig tegen de (voorgenomen) gunning in het geweer komt. Verzuimt hij rechtsmaatregelen te nemen, dan stelt hij zich bloot aan het verweer dat het mede aan hemzelf is te wijten dat hem de mogelijkheid om een reële kans op gunning van het werk te krijgen werd onthouden. Dat kan leiden tot gehele of gedeeltelijke afwijzing van zijn vordering onder toepassing van artikel 6:101 BW ('eigen schuld').

Gevaltype b

Een aanbesteder gaat over tot het houden van een aanbesteding. Een bepaalde onderneming wordt ten onrechte niet als gegadigde geselecteerd en voelt zich daardoor benadeeld. Dat nadeel wenst hij door de aanbesteder gecompenseerd te zien (alle typen aanbestedingsprocedures).

Een dergelijke situatie kan zich enkel voordoen bij aanbestedingsprocedures met voorafgaande selectie (met inbegrip van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking). In de onderhavige situatie komt de benadeelde aannemer niet toe aan het verrichten van een inschrijving, omdat hij reeds in de selectiefase uit de procedure valt. Het antwoord op de vraag of een aanspraak bestaat op schadevergoeding, hangt af van wat de uitkomst van de aanbesteding zou zijn geweest wanneer de benadeelde *niet* ten onrechte in de selectiefase zou zijn uitgesloten. Het komt dus (ook hier) aan op de hypothetische gang van zaken bij regelconforme aanbesteding. Voor vergoeding voor het *positief contractsbelang* is nodig dat voldoende aannemelijk wordt dat de opdracht aan de benadeelde zou

16 Dit is uiteraard anders wanneer de zittende contractant aannemelijk kan maken dat ook hij tegen aanmerkelijk gunstiger condities zou hebben kunnen offren, bijvoorbeeld wegens wijziging van externe omstandigheden (bijvoorbeeld prijsdaling van materiaal) die bij *beide* gegadigden (de zittende contractant en de daadwerkelijke opdrachtnemer) een gunstiger prijsstelling in de hand werken.

17 Een en ander laat uiteraard voor de zittende contractant de mogelijkheid onverlet om de onderhandse opdrachtverlening als zodanig (in kort geding) aan te vechten.

zijn gegund. Net als in gevaltype a lijkt ons dat zulks in de praktijk geen haalbare kaart zal zijn. En schadevergoeding voor *het verlies van een kans* zal slechts in uitzonderlijke omstandigheden toewijsbaar zijn. Anders dan in gevaltype a staat vast wie de wél geselecteerde aanbieders zijn. Wordt ook het verlies van een reële kans op gunning niet voldoende aannemelijk, dan houdt het in principe voor de benadeelde op. Het enkele ten onrechte niet als gegadigde worden geselecteerd, zonder dat ten minste een reële kans had bestaan om de opdracht gegund te krijgen, levert immers geen vermogensschade op.¹⁸

Ook voor vergoeding van eventueel tevergeefs gemaakte inschrijvingskosten (het *negatief belang*) is dan strikt genomen geen plaats. De benadeelde zou immers ook geen aanspraak op vergoeding van inschrijvingskosten hebben gehad als hij wél aan de aanbesteding zou hebben deelgenomen en de opdracht vervolgens niet aan hem zou zijn gegund. Toch kunnen wij ons voorstellen dat in een geval als hier bedoeld op grond van de redelijkheid en billijkheid tóch een vergoeding wordt toegekend ter hoogte van het negatief belang, bijvoorbeeld wanneer de kans op gunning bij regelconforme aanbesteding te klein wordt geoordeeld om schadevergoeding toe te kennen op basis van het verlies van een kans,¹⁹ terwijl tegelijkertijd niet gezegd kan worden dat de benadeelde evident van meet af aan volstrekt kansloos zou zijn geweest. De flexibele maatstaf van artikel 6:97 BW,²⁰ en de grote rechterlijke vrijheid die op het punt van de schadebegroting bestaat, bieden naar onze mening voor een dergelijk billijkheidsoordeel voldoende ruimte.

In het onderhavige gevaltype staat vast dat de benadeelde van de voorgenomen gunning op de hoogte was, en ligt het aanwenden van rechtsmiddelen in kort geding eigenlijk meer voor de hand dan het achteraf claimen van schadevergoeding. Een te ruimhartige toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot ‘frivole claims’ van niet al te serieuze gegadigden. Een gegadigde die meent dat hij ten onrechte is uitgesloten, heeft de mogelijkheid daartegen tijdig in rechte op te komen. Verzuimt hij dat te doen, dan stelt hij zich bloot aan het verweer dat het mede aan hemzelf is te wijten dat een kans op gunning van de opdracht hem ontging. Daarmee komt artikel 6:101 in beeld.

18 Misschien zou men kunnen zeggen dat wel een bepaalde immateriële schade is geleden (al is dat een kwestie van appreciatie) maar vergoeding daarvan stuit in elk geval af op de vereisten van art. 6:106 BW.

19 Dat wil zeggen de ‘normale’ vergoedingswijze van het verlies van een kans waarbij schadevergoeding wordt toegekend ter hoogte van een bepaald breukdeel (afhankelijk van de grootte van de verloren kans) van het positief belang. Zie paragraaf 2.3 van deze bijdrage.

20 ‘De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.’

Gevaltype c

Een aanbestedder gaat over tot het houden van een aanbesteding. Een bepaalde onderneming wordt ten onrechte als gegadigde geselecteerd. Een of meer andere gegadigden voelen zich hierdoor benadeeld en verlangen van de aanbestedder dat deze het nadeel compenseert (alle typen aanbestedingsprocedures).

Ook deze situatie kan zich enkel voordoen bij een aanbestedingsprocedure met voorafgaande selectie. Bedacht moet worden dat tegen de tijd dat de vordering tot schadevergoeding door de rechter wordt beoordeeld de onderlinge rangorde van alle aanbiedingen vast zal staan, met inbegrip van die van de ten onrechte geselecteerde gegadigde. Dit betekent dat, indien de betrokken gegadigde niet de winnende aanbieder heeft verricht, er geen sprake kan zijn van schade bij de overige inschrijvers. In het tegenovergestelde geval zal een vordering tot schadevergoeding – positief contractsbelang – enkel toekomen aan de inschrijver wiens aanbieder na eliminering van de aanbieder van de betrokken gegadigde als winnaar uit de bus had moeten komen. In dat laatste geval onderscheidt het onderhavige gevaltype zich niet van gevaltype d. Eventueel is ruimte voor proportionele aansprakelijkheid binnen de hierna te bespreken grenzen.

Gevaltype d

In het kader van een aanbestedingsprocedure wordt de inschrijving van een bepaalde onderneming door de aanbestedder ten onrechte gepasseerd. Die onderneming voelt zich daardoor benadeeld en wenst dat nadeel door de aanbestedder gecompenseerd te zien (alle typen aanbestedingsprocedures).

Ook hier hangt het antwoord op de vraag of een aanspraak bestaat op schadevergoeding af van de hypothetische uitkomst bij een correcte gang van zaken. Is de opdracht gegund aan een andere inschrijver terwijl de inschrijving van de 'gepasseerde' onderneming in het licht van de toepasselijke gunningscriteria in beginsel voor gunning in aanmerking had moeten komen, dan heeft de gepasseerde inschrijver aanspraak op vergoeding van het positief contractsbelang. Overigens maakt het geen verschil of de inschrijving ten onrechte is gepasseerd in het licht van de geschiktheidseisen (in het kader van een openbare aanbesteding)²¹ dan wel in het licht van de gunningscriteria. Werd de inschrijving geëcarteerd zonder dat een vergelijking met de overige inschrijvingen heeft plaatsgevonden, dan geldt dat voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag deze vergelijking alsnog moet worden uitgevoerd. Indien die vergelijking uitwijst dat de aanbieder van

21 Bij procedures met voorafgaande selectie heeft de toetsing aan de geschiktheidseisen in beginsel reeds vóór de inschrijvingsfase plaatsgehad (zie gevaltypen b en c). Bij onderhandse procedures spelen geschiktheidseisen geen rol.

de gepasseerde inschrijver *niet* op grond van de toepasselijke gunningscriteria als winnende inschrijving had moeten worden aangemerkt, is er geen ruimte voor toekenning van enige vorm van schadevergoeding. Als voorbeeld kan worden genoemd RvA 11 maart 1988:²² eiseressen waren als negende, tiende en elfde bij een openbare aanbesteding geëindigd. Hoewel zij een verklaring voor recht verkregen dat de opdracht ten onrechte aan de laagste inschrijver was gegund, stond daarmee de schadevergoedingsplicht van de aanbesteder niet vast. Daartoe diende te worden aangetoond dat geen van de lagere inschrijvers voor gunning van de opdracht in aanmerking kwam.

In de jurisprudentie zijn tal van voorbeelden aan te wijzen waarbij een ten onrechte gepasseerde inschrijver een vordering tot schadevergoeding geldend heeft kunnen maken. In al die gevallen was buiten discussie dat de inschrijving van de betrokken inschrijver in beginsel voor gunning in aanmerking kwam; in al die gevallen betrof het de laagste geldige inschrijving. Zoals reeds in de inleiding van deze bijdrage aangegeven, kan de te maken onderlinge vergelijking vooral dan tot minder eenduidige uitkomsten leiden, wanneer de aanbesteder het gunningscriterium van de economisch meest voordelige prijsaanbieding toepast en meer in het bijzonder wanneer sprake is van een groot aantal subcriteria, en bovendien sprake is van een complexe opdracht. Het is dan alleszins denkbaar dat de rechter enerzijds vaststelt dat de inschrijving in kwestie ten onrechte als zijnde ongeldig terzijde is geschoven, en anderzijds oordeelt dat de inschrijving van eiser en één of meer andere inschrijvingen elkaar in het licht van de gunningscriteria niet of nauwelijks ontlopen en dat om die reden de aanbesteder tot het oordeel zou hebben kunnen komen dat de opdracht aan een van de andere inschrijvers diende te worden gegund. Blijft naar het oordeel van de rechter tegelijkertijd de reële mogelijkheid open dat de aanbesteder ook tot het oordeel was gekomen dat de opdracht – ware de bewuste inschrijving niet gepasseerd – aan eiser moest worden gegund, dan dient zich de mogelijkheid aan om een proportionele schadevergoeding toe te kennen wegens het verlies van een kans.

Een praktijkvoorbeeld van deze situatie is de procedure voor de Haagse Rechtbank rond de aanbesteding van de levering van kazerneringsgoederen tussen een tweetal inschrijvers als eiseressen en de Staat en Nederlands Inkoopcentrum N.V. ('NIC') als gedaagden. In een tussenvonnis van 13 maart 1996²³ oordeelde de Rechtbank dat de gunning aan de laagste inschrijver onrechtmatig was geweest, omdat een ongeoorloofde wijziging van de offerte had plaatsgevonden. Hoewel voor elk van de vier relevante deelopdrachten telkens een van eiseressen de laagste geldige aanbieding had gedaan, meende de Rechtbank dat niet uitgesloten kon worden geacht dat NIC de opdracht niet zonder meer zou hebben gegund aan een

22 No. 13.221, BR 1988, p. 787.

23 Niet gepubliceerd.

van eiseressen omdat hun offertes aanzienlijk hoger waren dan de geëcarteerde laagste aanbieding. De Rechtbank onderschreef het standpunt van gedaagden dat NIC niet verplicht was tot gunning en dat zij ook een geheel nieuwe inschrijving hadden kunnen openstellen. Daarop liet de Rechtbank volgen:

‘Dat neemt niet weg dat ook de mogelijkheid bestaat dat NIC de opdracht zonder nieuwe inschrijving zou hebben gegund aan Van der Stroom en/of Etesmi en dat in geval van een opnieuw geopende inschrijving ook eiseressen hun geluk opnieuw hadden kunnen beproeven. Deze kansen zijn hen thans ontnomen, hetgeen in beginsel schade oplevert. De grootte van die schade wordt bepaald door enerzijds de grootte van deze kansen en anderzijds het financiële belang van de te verwerven opdracht.’

In haar eindvonnis van 29 maart 2000²⁴ komt de Rechtbank op dit oordeel terug en oordeelt zij als volgt:

‘De rechtbank ziet aanleiding van dit oordeel terug te komen. (...) De rechtbank is thans van oordeel dat het NIC en de Staat niet vrijstond een nieuwe inschrijving open te stellen. Dat zou alleen mogelijk zijn geweest wanneer er uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare aanbiedingen waren geweest of als geen passende aanbiedingen zouden zijn gedaan. Daarvan is in dit geval echter in redelijkheid geen sprake. (...) De aanbiedingen van Van der Stroom en Etesmi hadden dan ook niet als onaanvaardbaar hoog terzijde mogen worden gelegd. (...) Nu niet is gesteld dat de opdracht aan derden had moeten worden gegund, volgt uit het vorenstaande dat NIC gehouden was de opdracht te gunnen aan Van der Stroom, aan Etesmi of aan ieder van hen voor een gedeelte. Van der Stroom was de goedkoopste aanbieder voor de groepen 1, 2 en 5, Etesmi voor groep 3. Aangezien het gunningscriterium niet was de voordeligste aanbieding, maar de uit economisch oogpunt voordeligste aanbieder, is niet zeker welke aanbieder welk gedeelte had gekregen (...) Bij het bepalen van de schadevergoeding acht de rechtbank, gezien alle omstandigheden van het geval, de kans dat Van der Stroom de opdracht voor het totale pakket van de groepen 1, 2, 3, en 5 zou hebben gekregen (en Etesmi dus niets) op 50% en de kans dat Van der Stroom de opdracht zou hebben voor alleen de groepen 1, 2 en 5 en Etesmi alleen die voor groep 3 eveneens op 50%. Bij de bepaling van het totale

24 Evenmin gepubliceerd. Hoger beroep ingesteld.

bedrag aan schadevergoeding zal de rechtbank steeds uitgaan van de laagste aangeboden bedragen, zodat NIC en de Staat niet worden benadeeld door een verdeling van het totale bedrag tussen Van der Stroom en Etesmi.'

Dit eindvonnis is niet alleen interessant vanwege de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, maar ook vanwege de specifieke wijze waarop de Rechtbank de knoop doorhakt over de verdeling van de schadevergoeding tussen de twee eiseressen. De Rechtbank gaat uit van de hypothese dat de onderdelen van de opdracht hadden moeten worden gegund aan eiseressen, en acht zich vervolgens genoodzaakt een inschatting van de kansen van elk van beide eiseressen te maken. Aan de proportionele toewijzing van de vorderingen wordt vervolgens op zodanige wijze invulling gegeven dat de aanbesteder niet slechter af is dan wanneer alle deelopdrachten telkens aan de laagste inschrijver daarvoor waren gegund. Gelet op de omstandigheden van het geval lijkt dat een te billijken aanpak. De Rechtbank werd hier overigens bepaaldelijk geholpen door de omstandigheid dat beide afgewezen inschrijvers gezamenlijk een procedure hadden aangespannen.

Gevaltype e

Na een gehouden aanbesteding wordt de opdracht ten onrechte door de aanbesteder aan een bepaalde inschrijver of een derde gegund. Een of meer andere inschrijvers voelen zich daardoor benadeeld en verlangen van de aanbesteder dat deze het nadeel compenseert (alle typen aanbestedingsprocedures).

Dit gevaltype belichaamt voor de plicht tot schadevergoeding geen relevante verschillen met gevaltype d. Ook hier dient te worden nagegaan wie van de benadeelde inschrijvers in het licht van de gunningscriterium voor gunning in aanmerking had moeten komen. Lukt dat met voldoende waarschijnlijkheid dan geldt het *winner takes all*: alleen de inschrijver die in de hypothetische regelconforme procedure zou hebben gewonnen heeft aanspraak op schadevergoeding en wel op zijn positieve contractsbelang. Lukt dat niet met voldoende waarschijnlijkheid dan kan aan een of meer mogelijke winnaars in de hypothetische regelconforme procedure schadevergoeding worden toegekend op basis van het verlies van een kans.

Gevaltype f

Vergelijkbare situaties als hiervoor genoemd zijn mogelijk in geval van een aanbesteding op basis van een onderhandelingsprocedure, waarbij het ten onrechte wel/niet uitnodigen voor post-inschrijvingsonderhandelingen centraal staat.

Dit gevaltype verschilt in zoverre van de gevaltypen d en e dat het veel moeilijker wordt om te reconstrueren of de benadeelde inschrijver, indien de onrechtmatige uitsluiting van de onderhandelingsfase niet had plaatsgevonden, een serieuze kans op gunning van de opdracht zou hebben gehad. Men vergelijkt hier immers niet twee of meer prijsaanbiedingen – momentopnamen – maar de mogelijke uitkomsten van twee of meer gelijktijdige onderhandelingsprocessen. Dit brengt mee dat de ten onrechte uitgesloten inschrijver moeilijk zal kunnen claimen dat hij in het licht van de gunningscriteria de onderhandelingen ‘winnend’ zou hebben moeten afsluiten. In een dergelijk scenario lijkt de vergoeding van een gemiste kans het maximaal (en tevens het minimaal) haalbare, waarbij de grootte van de kans zal moeten worden bepaald in het licht van de gunningscriteria en aan de hand van een onderlinge vergelijking van de startpositie van de deelnemers aan de onderhandelingen en de ten onrechte uitgesloten inschrijver.

Overigens moet worden bedacht dat in de praktijk gelijktijdige onderhandelingen met meer dan twee inschrijvers een zeldzaam zijn, en dat bij de ‘grote’ onderhandelingsprocedures van de laatste jaren zelden gelijktijdig met meer dan één inschrijver is onderhandeld. In de meeste gevallen is de definitieve onderlinge rangorde van de inschrijvers reeds voor de aanvang van de onderhandelingsfase bekend (althans bij de aanbestede), hetgeen impliceert dat een onderbouwde bepaling van de verloren kans doorgaans heel goed mogelijk moet zijn.

Gevaltype g

Gesteld dat één van de voorafgaande situaties zich heeft voorgedaan en de benadeelde ondernemer erin is geslaagd de aanbestede in een procedure veroordeeld te krijgen tot het ‘rechtbuigen’ van de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld doordat de laatste tot heraanbesteding moet overgaan of dat het hem verboden wordt onderhandelingen met een bepaalde partij voort te zetten of dat de gunning aan een bepaalde partij ongedaan wordt gemaakt (of moet worden gemaakt) of, in het uiterste geval, dat het sluiten van een reeds gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard. In dergelijke gevallen is er telkens sprake van een partij die meende op rozen te zitten maar die door het terugkrabbelen van de aanbestede (al dan niet door een geschilbeslechtende instantie daartoe gedwongen) schade lijdt (loopt contract immers alsnog mis). Kan deze ‘nieuwe benadeelde’ met succes de geleden schade van de aanbestede vorderen?

Er is nog geen rechtspraak die op dit gevaltype betrekking heeft. Over wat in de bedoelde situatie rechtens is kan uiteenlopend worden gedacht. Dat moge zijn geïllustreerd door de omstandigheid dat wij beiden als co-auteurs van deze bijdrage het over de beantwoording van de vragen die door dit gevaltype worden opgeworpen niet met elkaar eens hebben kunnen worden. Daarom stellen wij onze

beider meningen in het navolgende tegenover elkaar, opdat ons debat voor de lezer een aanknopingspunt kan zijn voor eigen meningsvorming.

2.6 *Uitgangspunten*

Voor Akkermans is het vertrekpunt voor de analyse van dit gevaltype de vraag of de ‘nieuwe benadeelde’ ten aanzien van de gevolgde aanbestedingsprocedure te goeder trouw was. Is dat het geval, dan geldt in de onderlinge verhouding tot de aanbesteder dat de gevolgen van de onregelmatigheden in de procedure voor rekening en risico van de aanbesteder behoren te komen.

Pijnacker Hordijk denkt hier anders over. Volgens hem dient allereerst te worden vastgesteld dat dit gevaltype ziet op een situatie waarin een aanbestedingsprocedure *reeds door rechterlijk ingrijpen is ‘rechtgebogen.’* Aannemende dat de bodemrechter die moet oordelen over de schadevergoedingsaanspraken van de ‘nieuwe benadeelde’ het eerdere rechterlijk ingrijpen niet desavoueert, zal als uitgangspunt voor de beoordeling van die schadevergoedingsaanspraken hebben te gelden dat de aanbesteder rechtens de litigieuze opdracht niet aan de ‘nieuwe benadeelde’ mocht gunnen. Een ‘nieuwe benadeelde’ als bedoeld in gevaltype g zal in de regel geen aanspraak kunnen maken op enige vorm van schadevergoeding, omdat rechtmatig handelen – hier niet ter zake doende uitzonderingen daargelaten – in beginsel geen aansprakelijkheid meebrengt.

2.7 *Als gunning nog niet heeft plaatsgevonden*

Naar mening van Akkermans kan, wanneer nog geen overeenkomst met de ‘verkeerde’ gegadigde is gesloten, een schadevergoeding in de rede liggen volgens het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen.²⁵ Bij goede trouw van de ‘nieuwe benadeelde’ komen de gevolgen van de onregelmatigheden in de procedure voor rekening en risico van de aanbesteder. Anders dan in de overige gevaltypen hangt het antwoord op de vraag of een aanspraak op schadevergoeding bestaat hier niet, of althans niet zonder meer, af van de hypothetische uitkomst bij een correcte gang van zaken. Welke schade voor vergoeding in aanmerking kan komen – enkel het negatief of ook het positief belang – is afhankelijk van het stadium waarin de aanbestedingsprocedure wordt ‘rechtgebogen.’²⁶ Was de aanbestedingsprocedure zover gevorderd dat het de aanbesteder (jegens de ‘nieuwe benadeelde!’) niet meer vrij stond deze af te breken dan kan vergoeding van het positieve contractsbelang op zijn plaats zijn. In een eerdere fase is het nog niet zo ver dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure (opnieuw: jegens de ‘nieuwe benadeelde’) niet meer

25 Zie Asser-Hartkamp II (2001) nr 162.

26 Vergelijk HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 nt. CJHB (Plas/Valburg).

mag afbreken, maar kan de procedure al wel in het stadium zijn dat het de aanbesteder niet meer vrij staat haar af te breken zonder het 'negatief belang' van de 'nieuwe benadeelde' te vergoeden. Verwezen zij naar de literatuur over het onderwerp van de afgebroken onderhandelingen.²⁷

Volgens Pijnacker Hordijk geldt het zojuist genoemde uitgangspunt dat rechtmatig handelen in beginsel geen aansprakelijkheid meebrengt. Aan dat uitgangspunt kan niet afdoen het feit dat de 'nieuwe benadeelde' aanvankelijk door toedoen van de aanbesteder in de veronderstelling verkeerde dat zijn aanbidding was of zou worden uitverkoren. Er is naar mening van Pijnacker Hordijk hooguit sprake van frustratie van een – rechtens niet voor honorering vatbare – verwachting en niet van schending van een recht. Het is nu eenmaal een gegeven dat een aanbesteding slechts één winnaar kan kennen, en niet twee. Binnen het kader van de spelregels van de aanbesteding opereert niet alleen de aanbesteder maar ook de 'nieuwe benadeelde' (en de overige deelnemers aan de aanbesteding). Binnen het verband van de meerpartijenverhouding tussen aanbesteder en de deelnemers aan de aanbesteding is de goede trouw van de 'nieuwe benadeelde' niet beslissend: goede trouw alléén is in een aanbestedingsrechtelijke context een onvoldoende grondslag voor het vestigen van een recht op gunning van een opdracht. A fortiori is er geen ruimte voor de gedachte dat de 'nieuwe benadeelde' met een beroep op de (precontractuele) goede trouw vergoeding van het positief belang zou kunnen vorderen.

2.8 *Als gunning reeds heeft plaatsgevonden*

Akkermans is van mening dat, wanneer met de 'verkeerde' gegadigde een overeenkomst is gesloten die de aanbesteder – al dan niet door een geschilbeslechtende instantie daartoe gedwongen – niet nakomt, sprake is van een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst door de aanbesteder die in beginsel ook aan hem toerekenbaar zal zijn. De 'nieuwe benadeelde' heeft dan recht op vergoeding van zijn positieve contractsbelang wegens toerekenbare tekortkoming door de aanbesteder in de zin van artikel 6:74 BW. Dat kan anders zijn bij kwade trouw van de 'nieuwe benadeelde,' bijvoorbeeld omdat hij van de onregelmatigheden op de hoogte was of had moeten zijn, of deze zelfs (mede) in de hand heeft gewerkt (bijvoorbeeld als hij zich tegen beter weten in de opdracht onderhands heeft laten gunnen). Met name in zo'n laatste geval staat niet bij voorbaat vast dat de tekortkoming van de aanbesteder in de onderlinge relatie met zijn contractspartij aan de aanbesteder moet worden toegerekend. Bij lichtere vormen van 'eigen schuld' van de 'nieuwe benadeelde' zal eerder een gedeeltelijke

27 Zie Asser-Hartkamp II (2001) nr. 162.

vermindering van de vergoedingsplicht van de aanbesteder in de rede liggen (zie artikel 6:101 BW).

Volgens Pijnacker Hordijk ontstaat in het geval waarin de aanbesteder de opdracht formeel reeds gegund heeft en de opdracht door rechterlijk ingrijpen ongedaan wordt gemaakt een grote spanning tussen enerzijds het aanbestedingsrecht en het 'normale' civiele recht. Naar civiel recht gelden de navolgende uitgangspunten:

1. waar de inschrijving als bindend aanbod geldt, geldt de gunningsbeslissing als aanvaarding van dat aanbod. De gunningsbeslissing belichaamt derhalve de totstandkoming van een overeenkomst tussen de aanbesteder en de desbetreffende inschrijver;
2. een overeenkomst die tot stand komt op basis van een 'onreglementaire' aanbestedingsprocedure is niet uit dien hoofde nietig;²⁸
3. niet-nakoming van een eenmaal gegunde overeenkomst levert in beginsel een toerekenbare tekortkoming op, met als gevolg dat de gelaedeerde aanspraak kan maken op vergoeding van het positieve contractsbelang (vergelijk artikel 6:74 j° artikelen 6:95 en 6:96 BW).

Volgens Pijnacker Hordijk lijkt het tegen deze achtergrond voorshands vanuit 'zuiver' civielrechtelijke optiek onmogelijk dat een aanbesteder ingevolge een rechterlijk (of arbitraal) oordeel gehouden kan worden geen gevolg te geven aan een eenmaal genomen gunningsbesluit, maar is de realiteit echter anders. Inmiddels daartoe mede geïnspireerd door het arrest van het Hof van Justitie van de EG in de zaak *Alcatel Austria*,²⁹ deinzen de burgerlijke rechter en de Raad van Arbitrage er niet voor terug om – mits een vordering rechtstijdig is ingesteld en mits de afweging van de belangen van alle betrokken partijen, inclusief de 'nieuwe benadeelde,' tot een andersluidende uitkomst noopt – in te grijpen tegen reeds genomen gunningsbeslissingen, met dien verstande dat de aanbesteder wordt verboden enig gevolg te geven aan die gunningsbeslissing, of, anders gezegd, hem wordt geboden de gunningsbeslissing ongedaan te maken.³⁰ Er zij nogmaals aan het herinnerd dat het voorliggende gevaltype enkel ziet op een situatie waarin een zodanig rechterlijk ingrijpen daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

28 Aldus HR 22 januari 1999, BR 1999, p. 985, nt. A.G.J. van Wassenae van Catwijck (Uneto/De Vliert).

29 HvJ EG 28 oktober 1999, *Alcatel Austria AG e.a./Siemens AG Österreich e.a.*, Jur EG 1999, p. I-7671 en in extenso gepubliceerd in BR 2000, p. 984. In dit arrest oordeelde het Hof dat de zogenaamde rechtsbeschermingsrichtlijnen de Lid-Staten verplichten binnen het eigen nationale rechtstelsel de mogelijkheid van beroep tegen een gunningbeslissing te creëren, ook in die gevallen waarin gunningbeslissing en totstandkoming van de aanbestede overeenkomst naar nationaal recht samenvallen. Duidelijk is dat het Nederlandse rechtstelsel niet – evenmin als het in het geschil in kwestie toepasselijke Oostenrijkse recht – aan de door het Hof geformuleerde eisen voldoet.

30 Vergelijk Pres. Rb. Breda 27 maart 2000, KG 2000, 93.

In een dergelijk geval kan de 'nieuwe benadeelde' naar mening van Pijnacker Hordijk niet met een enkel beroep op artikel 6:74 BW vergoeding van het positief belang vorderen. Daaraan doet niet af dat mogelijk reeds een overeenkomst tot stand was gekomen. Het gevolg geven aan een rechterlijke uitspraak – dat is de situatie waar het onderhavige gevaltype op doelt³¹ – kan weliswaar een 'toerekenbare tekortkoming' in de zin van artikel 6:74 BW opleveren, maar naar mening van Pijnacker Hordijk staan de redelijkheid en billijkheid er in de regel aan in de weg dat de 'nieuwe benadeelde' op vergoeding van het positief contractsbelang aanspraak kan maken. Doorslaggevend acht hij in dit verband dat de 'nieuwe benadeelde' bekend moet worden verondersteld met de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht en bijgevolg ook met het gegeven dat een gunningsbesluit – mist tijdig aangevochten – voor rechterlijke toetsing vatbaar moet kunnen zijn. Overigens wreekt zich hier naar zijn oordeel het feit dat de Nederlandse wetgever nog niet de noodzakelijke consequenties uit het arrest *Alcatel Austria* heeft getrokken.

Volgens Pijnacker Hordijk kan voor vergoeding van gemaakte kosten (negatief belang) wél ruimte bestaan, doch uitsluitend wanneer (i) het een te goeder trouw handelende 'nieuwe benadeelde' betreft (ii) die op grond van het door de aanbesteder opgewekte vertrouwen met het oog op de uitvoering van de opdracht redelijke kosten heeft gemaakt die uitstijgen boven de 'normale' kosten inherent aan de deelneming aan de aanbestedingsprocedure.

2.9 *Als de gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard*

De omschrijving van het gevaltype vermeldt de mogelijkheid 'dat het sluiten van een reeds gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard.' Pijnacker Hordijk heeft er reeds op gewezen dat een overeenkomst die op basis van een 'onregelmatige' aanbestedingsprocedure tot stand komt niet uit dien hoofde nietig is.³² Akkermans meent dat, mocht het op een zeker moment toch zover komen dat een tussen aanbesteder en de 'verkeerde' gegadigde gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard, het naar Nederlands recht omstreden is of het positieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking kan komen, dan wel maximaal het negatieve belang.³³ De juridische grondslag voor deze vergoedingsplicht is de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Een contract is er immers niet (meer), en de vergoeding van het positieve of negatieve contractsbelang kan ook niet op onverschuldigde

31 Een spontaan besluit van de aanbesteder om om hem moverende redenen de aanbesteding af te blazen valt buiten de omschrijving van het gevaltype (en is van een fundamenteel andere aard).

32 Aldus HR 22 januari 1999, BR 1999, p. 985, nt. A.G.J. van Wassenae van Catwijck (Uneto/De Vliert).

33 Zie over deze materie in algemene zin Asser-Hartkamp II (2001) nr. 487.

betaling (artikel 6:203 e.v. BW) worden gebaseerd omdat zij niet ongedaan te maken prestaties van de ene contractspartij jegens de andere betreft.

Dat de schadevergoedingsvordering is gebaseerd op onrechtmatige daad lijkt volgens Akkermans op het eerste gezicht mee te brengen dat maximaal vergoeding van het negatief contractsbelang mogelijk is. De benadeelde moet immers worden teruggebracht in de (financiële) positie waarin hij zou hebben verkeerd als de normschending niet had plaatsgevonden, en in dat geval zou hij de opdracht überhaupt niet gegund hebben gekregen. Zo bezien zal hij onder omstandigheden zelfs zijn negatief belang niet vergoed kunnen krijgen.³⁴ Dit is volgens Akkermans niet alleen een merkwaardig resultaat als men vergelijkt met de hiervoor besproken situatie dat het de aanbesteder verboden wordt het contract met de 'verkeerde' gegadigde uit te voeren zonder dat het tot nietigverklaring komt (welk verschil toch vooral van juridisch-technische aard lijkt te zijn, zonder materiële merites voor wat de verhoudingen tussen partijen betreft), maar ook als men vergelijkt met de eveneens hiervoor besproken situatie dat het nog niet tot het sluiten van een contract was gekomen en de aanbesteder gehouden is schade te vergoeden volgens het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen (in beide gevallen: althans in de opvatting van Akkermans). Als het mogelijk is dat de onderhandelingen met de 'nieuwe benadeelde' zover waren gevorderd dat de aanbesteder het positieve contractsbelang heeft te vergoeden, dan moet die vergoedingsplicht toch al helemaal mogelijk zijn wanneer het contract daadwerkelijk tot stand kwam, en het later nietig bleek te zijn. In de literatuur is wel betoogd dat bij nietigheid van een overeenkomst toch vergoeding van het positieve contractsbelang mogelijk moet zijn, waarbij aantekening verdient dat men daarbij (primair) het oog heeft op een andere situatie, namelijk wanneer een overeenkomst wordt vernietigd doordat de benadeelde contractspartij een beroep doet op dwaling of een ander wilsgebrek.³⁵ Het komt Akkermans voor dat, net als bij een verbod tot uitvoering van de overeenkomst (althans in zijn opvatting), ook bij nietigheid daarvan een vergoedingsplicht ter zake van het positieve belang mogelijk moet zijn. Een alternatieve grondslag daarvoor is om de schadevergoedingsplicht niet te baseren op onrechtmatige daad, maar zeer algemeen op de precontractuele goede trouw.³⁶ Deze bijdrage is niet de plaats om verder op de dogmatische merites van deze kwestie in te gaan.

34 Namelijk wanneer de 'nieuwe benadeelde' bij regelconforme aanbesteding wél zou hebben ingeschreven (en dus zijn kosten zou hebben gemaakt) maar de opdracht niet aan hem zou zijn gegund. Alleen voor zover hij bij een regelconforme gang van zaken minder kosten zou hebben gemaakt (of in het geheel niet aan de procedure zou hebben deelgenomen) zouden deze voor vergoeding in aanmerking komen.

35 Zie Asser-Hartkamp II (2001) nr. 487.

36 Zie voor deze suggestie Hartkamp, t.a.p. (noot 35), die overigens meent dat zij minder goed in het stelsel van ons verbintenissenrecht past.

Tot slot meent Akkermans dat, indien de schadevergoedingsvordering wordt gebaseerd op onrechtmatige daad, dat uiteraard betekent dat de onregelmatigheden aan de aanbesteder moeten kunnen worden toegerekend in de zin van artikel 6:162 lid 3. Dat zal per saldo niet of nauwelijks verschil opleveren met de toerekeningsvraag in de hiervoor beschreven contractuele context. Ook hier kan eventuele kwade trouw van de 'nieuwe benadeelde' reden zijn om niet aan de aanbesteder toe te rekenen of aanleiding geven tot toepassing van artikel 6:101 inzake 'eigen schuld.'

3 Begroting van de schadevergoeding

3.1 Algemene uitgangspunten

Deze paragraaf gaat over de vraag hoe de te vergoeden schade dient te worden begroot. De aandacht richt zich daarbij allereerst op situaties waarbij het positief belang voor vergoeding in aanmerking komt. In de vorige paragraaf is het al gememoreerd: uitgangspunt is dat de ten onrechte gepasseerde gegadigde in de situatie wordt gebracht als ware de opdracht hem gegund en de overeenkomst behoorlijk nagekomen.

Er is inmiddels de nodige jurisprudentie voorhanden met betrekking tot de bepaling van de schadefactoren en de berekening van de schade. De meeste relevante uitspraken zijn afkomstig van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland (RvA). De burgerlijke rechter heeft tot dusverre een meer bescheiden duit in het zakje gedaan. De hierna te bespreken vonnissen van de RvA hebben alle betrekking op de opdrachten voor de uitvoering van werken, waarbij zij aangetekend dat aard en omvang van de werken van geval tot geval sterk uiteenlopen. Dit komt ook tot uiting in de wijze waarop de schade wordt begroot. Een en ander betekent niet dat de vonnissen van de RvA enkel relevant zijn voor de bouwsector. De RvA hanteert algemene uitgangspunten die ook in de context van aanbestedingen van opdrachten voor leveringen en diensten kunnen, of beter nog, verdienen te worden toegepast.

Ingevolge artikel 6:97 BW dient de rechter de schade te *schatten* indien de omvang daarvan niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Algemeen wordt aangenomen dat economische schade, en meer in het bijzonder gederfde winst naar haar aard niet nauwkeurig kan worden vastgesteld in de hierbedoelde zin. Ingevolge vaste jurisprudentie van de Hoge Raad behoeft de rechter een op de voet van artikel 6:97 BW gemaakte schatting niet te motiveren.³⁷ Zoals in het onderstaande zal blijken, pleegt de RvA daarentegen zijn schadeberekeningen

37 Zie voor een en ander losbladige Schadevergoeding art. 97 (Lindenbergh), aant. 20.

gedetailleerd te motiveren. Mede gelet op de in het geding zijnde belangen komt zulks ook alleszins passend voor. In de doctrine wordt een onderscheid gemaakt tussen concrete en abstracte schadeberekeningsmethoden. Bij de bespreking van de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie zal blijken dat in beginsel sprake is van concrete schadeberekening, maar dat op diverse onderdelen schattingen worden gemaakt. In economische aangelegenheden ligt dat ook in de rede: er moet worden gewerkt met veronderstellingen, en in veel gevallen zullen die veronderstellingen zijn gebaseerd op een extrapolatie van cijfers die aan een wijdere context kunnen worden ontleend. Zo wordt de gedeerde winst dikwijls bepaald met behulp van de gemiddelde winstcijfers van de gelaedeerde over een of meer jaren, in plaats van de voor het concrete werk begrote winst. Wijze van begroting van gedeerde winst: netto winst + onderdekkingsverliezen

Wat omvat het begrip 'gedeerde winst' nu eigenlijk? In beginsel is 'winst' niets anders dan het rekenkundige verschil tussen opbrengsten en kosten. Bij het missen van een opdracht is gemakkelijk vast te stellen welke opbrengsten worden gemist: de contractsom, waar nodig – indien het een contract met een lange looptijd betreft – contant gemaakt. Het is echter evident dat de gedeerde winst niet met de gedeerde inkomsten kan worden gelijkgesteld. Ter bepaling van de gedeerde winst zullen op de gemiste inkomsten de bespaarde kosten in mindering moeten worden gebracht. Beter gezegd: de feitelijk bespaarde kosten plus eventueel de kosten die redelijkerwijs hadden *behoren* te worden bespaard. De wijze waarop kosten hadden behoren te worden bespaard, zal onvermijdelijk sterk uiteenlopen naar gelang de aard, duur en omvang van de opdracht. Aan het ene uiterste van het spectrum kan men denken aan een door een handelsbedrijf gemiste opdracht voor de eenmalige levering van kantoorbenodigdheden. De bij het niet-doorgaan van een dergelijke opdracht bespaarde kosten zullen doorgaans eenvoudig kunnen worden begroot als de netto-inkoopkosten van de handelaar, vermeerderd met een geringe opslag voor bespaarde kantoorkosten (telefoon, porti e.d.). Van het in aanmerking nemen van bespaarde loonkosten zal doorgaans geen sprake kunnen zijn; het betreft immers vaste kosten die ook bij het niet-doorgaan van de opdracht doorlopen. Aan het andere uiterste van het spectrum kan men denken aan een *design and construct* opdracht voor de realisatie van een groot infrastructuurwerk, met de uitvoering waarvan enige jaren gemoeid gaan. Bij een dergelijke opdracht is het doorgaans reeds buitengewoon moeilijk om te bepalen welke kosten wél gemaakt zouden zijn indien de opdracht zou zijn doorgegaan. De ervaring leert immers dat de werkelijke bouwkosten doorgaans substantieel afwijken van hetgeen ten tijde van de gunning de inschatting van aannemer én opdrachtgever was. Dat betekent dat ook niet voetstoots kan worden aangenomen dat de door de aannemer begrote winst daadwerkelijk zou zijn gerealiseerd indien de opdracht doorgang

had gevonden.³⁸ De gederfde winst over een gemiste opdracht van een dergelijke dimensie laat zich dan ook in de praktijk niet eenvoudigweg begroten als het verschil tussen de aanneemsom en de bespaarde kosten. In de jurisprudentie wordt een andere aanpak gevolgd: er wordt een inschatting gemaakt van de netto-winst die de aannemer had kunnen behalen. Bij dat bedrag worden vervolgens opgeteld onderdekkingsverliezen op indirecte-kostenposten. Ook dat is een zuivere inschattingskwestie: niet alleen moeten de indirecte kosten als zodanig worden begroot, maar tevens moet worden beoordeeld in hoeverre deze kosten als vast moeten worden aangemerkt, dan wel als kosten die (op een nader te bepalen termijn) als variabel kunnen worden gekwalificeerd. Voorts moet een inschatting worden gemaakt van de mogelijkheden om de betrokken kosten met behulp van vervangingsopdrachten alsnog gedekt te krijgen.

3.2 *Schadebeperking door vervangingsopdrachten*

Daarbij belanden wij bij de weerbarstige – maar juist in de aanbestedingsrechtelijke context evenzeer relevante – vraag in hoeverre gederfde omzet geacht kan worden te zijn goedgeemaakt door vervangingsopdrachten. In juridische termen: in hoeverre de schade ten gevolge van het missen van een bepaalde opdracht geacht kan/moet worden te zijn beperkt door inkomsten uit alternatieve opdrachten. Het betreft hier een lastige materie, zowel in economische als in juridische zin. Voor wat betreft de economische dimensie moet voorop worden gesteld dat de rol van eventuele vervangingsopdrachten sterk uiteenloopt naar gelang de aard en de omvang van de opdracht. Het leeuwendeel van de hierna te bespreken jurisprudentie heeft betrekking op aanbestedingen van werken. Veelal betreft het opdrachten van een substantiële omvang in verhouding tot de jaaromzet van de gelaedeerde. In alle gevallen komt de vraag aan de orde in hoeverre de schade door het binnenhalen van vervangingsopdrachten geacht moet worden te zijn beperkt. Daarbij speelt op de achtergrond het gegeven dat de productiecapaciteit van het aannemingsbedrijf op de kortere termijn slechts beperkt flexibel is, welke inflexibiliteit wordt vergroot door het gegeven dat het aannemingsbedrijf in beginsel enkel op bestelling werkt: enerzijds plotseling vrijgevallen productiecapaciteit kan niet onmiddellijk voor andere doelen worden ingezet; anderzijds zal het aannemingsbedrijf permanent op zoek zijn naar nieuwe opdrachten om de productiecapaciteit optimaal bezet te houden. In de sfeer van dienstverlening - wanneer de beloning primair is gekoppeld aan de door dienstverleners bestede tijd - geldt dikwijls hetzelfde als in de sfeer van de aannemerij. Het verlies van een duuropdracht voor intellectuele

38 Vergelijk RvA 17 oktober 1989, No. 12.930, BR 1990, p. 228: 'Of eiseres, wanneer zij het werk zou hebben gerealiseerd, in feite verlies zou hebben geleden of winst zou hebben gemaakt, valt – uit de aard der zaak – niet met zekerheid te zeggen.'

diensten kan op de korte termijn tot onderbezetting van productiefactoren leiden, op de langere termijn zullen vervangingsopdrachten deze onderbezetting kunnen opvangen. Waar de leverancier van goederen tevens producent is, zal dikwijls blijken dat de productieve output op de korte termijn betrekkelijk flexibel is (zowel opwaarts als neerwaarts). Het missen van een opdracht zal dan *ceteris paribus* eenvoudig neerkomen op het missen van extra output. Verkooporders zijn naar hun aard complementair en geen onderlinge substituten. Van 'vervangingsopdrachten' in de hiervoor bedoelde zin zal dan ook doorgaans geen sprake zijn. Bij de levering van goederen geldt dikwijls dat de omzetspotentie van een handelaar in een tamelijk los verband staat tot de omvang van het productieapparaat. Het missen van een opdracht door een handelaar zal doorgaans niet vatbaar zijn voor compensatie door een vervangingsopdracht. Ook hier zijn weer uitzonderingen op de regel denkbaar, bijvoorbeeld bij duurcontracten die een aanzienlijk hoeveelheid naverkoopondersteuning vergen.

De juridische dimensie van het vraagstuk van de schadebeperking spitst zich veelal toe op de bewijslastverdeling. Te dien aanzien kan worden opgemerkt dat in de jurisprudentie de bewijslast doorgaans wordt gelegd bij de partij die over relevante informatie kan beschikken; dat is doorgaans de opdrachtnemer en niet de opdrachtgever. Met name de RvA pleegt op basis van eigen inzichten veronderstellingen te formuleren ten aanzien van de termijnen waarbinnen vervangingsopdrachten verworven moeten kunnen worden, en de mate waarin door die vervangingsopdrachten de niet gedekte algemene, personeels- en materieelkosten kunnen worden terugverdiend. De bewijslast wordt aldus als het ware omgedraaid: het is aan de aannemer om de niet-passendheid van de door de RvA opgeworpen hypothesen aan te tonen.

3.3 Nadere bespreking van de jurisprudentie

Het leeuwendeel van de in deze paragraaf te bespreken jurisprudentie is als gezegd geproduceerd door de RvA. Men zal vergeefs zoeken naar een rechterlijke uitspraak of een vonnis van de RvA waarin de schade eenvoudig wordt bepaald als het verschil tussen gederfde omzet en bespaarde kosten. We hebben reeds besproken dat een dergelijke aanpak bij de aanneming van werken doorgaans onmogelijk is. In de regel construeert de RvA het bedrag van de schadevergoeding als de som van een aantal componenten: gemiste netto-winst; onderdekking van algemene kosten, van personeelskosten en van materieelkosten, eventuele andere verliesposten zoals gederfde inkoopwinsten. De burgerlijke rechter pleegt doorgaans deze benadering ook te volgen. Daarbij zij aangetekend dat deze methode specifiek is toegesneden op de aanneming van werken.

3.4 *Gederfde netto-winst*

Voor wat betreft de gederfde netto-winst blijkt dat de RvA de eigen begroting van de inschrijver als regel niet doorslaggevend acht. Veelal wordt gekeken naar de gemiddelde winst voor belasting over de totale omzet die de gelaedeerde in de aannemerij heeft behaald, en zulks gemiddeld over een reeks van jaren.³⁹ In de eerste zaak waarin de RvA een gedetailleerde schadeberekening opstelde,⁴⁰ baseerde de RvA zich met name op winstoverzichten zoals deze door een accountant waren opgesteld. Men kan zich afvragen of die benadering als regel de juiste is: de winst kan van opdracht tot opdracht zeer sterk uiteenlopen, en men kan zich afvragen of de rechter niet dient na te gaan of er gronden zijn die erop duiden dat de te verwachten winst sterk afwijkt van het gemiddelde. De eigen inschrijvingsbegroting van de inschrijver kan daarbij een factor van betekenis zijn. Hoe dit zij, het zal in beginsel aan de eisende partij zijn om aan te tonen dat de gederfde winst realiter hoger moet worden ingeschat dan de gemiddelde winst, en aan de aanbesteder om aan te tonen dat de winst lager moet worden begroot. Overigens heeft de RvA zelf de begroting van de inschrijver ook wel eens als leidraad genomen, en wel in een geval waarin de winstcijfers van de inschrijver niet uit de (geconsolideerde) jaarrekeningen van het concern waar de inschrijver deel van uitmaakt kunnen worden afgeleid. Ook is een geval aan te wijzen waarin in het geheel geen vergoeding voor gederfde winst is toegekend, omdat de eisende partij zelf in het licht van de eigen begroting stelde dat geen winst was begroot.⁴¹

Rechtbank Maastricht 24 december 1987,⁴² honoreerde de stelling van eiseres Kunicon dat 'de schadevergoeding, wegens winstderving en gemis aan dekking algemene kosten, op de voet van Hoofdstuk X par. 5 e.v. UAV op 10% van de aanneemsom begroot dient te worden,' omdat deze door de gemeente onvoldoende was weersproken. Een kennelijk verzuim van de kant van de gemeente dat in hoger beroep alsnog werd rechtgezet. Een en ander deed Hof Den Bosch bij tussenarrest van 26 november 1990,⁴³ een inlichtingencomparitie gelasten, waarbij Kunicon haar begroting, eventueel voorzien van een begeleidende accountantsverklaring, ter inzage diende te geven en de gemeente haar stelling dat Kunicon vervangend werk heeft gevonden nader mocht adstrueren. Nadien is van de zaak niets meer vernomen.

39 Zie RvA 6 november 1996, Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders en RvA 18 november 1993, No. 14.729, BR 1994, p. 626.

40 RvA 17 oktober 1989, No. 12.930, BR 1990, p. 228.

41 RvA 10 november 1993, No. 15.674, BR 1994, p. 354, nt. N.J.M. Donders.

42 BR 1987, p. 389.

43 BR 1991, p. 641.

In de eerdergenoemde zaak Van der Stroom en Etesmi/NIC en Staat begrootte Rechtbank Den Haag de gedeerde winst op 3% van de contractsom, waarbij gedaagden de redelijkheid van dit percentage kennelijk niet hadden bestreden.

In de arbitrale jurisprudentie zijn voorts diverse gevallen aan te wijzen waarin de schade door de RvA zonder veel omhaal wordt begroot op een rond bedrag.⁴⁴ Dit doet de vraag rijzen hoe deze kort-door-de-bocht aanpak zich verhoudt tot de eerder besproken meer gedetailleerde benadering. Twee aspecten spelen in dit verband een rol: de processuele opstelling van partijen en de omvang van de opdracht. Bedacht moet worden dat bij een kleinere opdracht de kosten van advocaten en – niet te vergeten – arbiters niet opwegen tegen het financiële belang.

Bij duuropdrachten rijst de vraag of de gedeerde winst over de gehele uitvoeringsperiode in rekening kan worden gebracht, of dat de periode waarover aanspraak kan worden gemaakt op gedeerde winst in de tijd dient te worden beperkt ('proratering'). Dit laatste vanuit het perspectief van de schadebeperkingsverplichting: na verloop van zekere tijd zou de gelaedeerde in staat moeten worden geacht een vervangingsopdracht in de wacht te hebben gesleept van een gelijke winstgevendheid. In het algemeen vindt een dergelijk verweer geen gehoor. RvA 17 oktober 1989, paste, terwijl de vergoeding wegens onderdekking van personeels- en materieelkosten slechts over een beperkte periode werd toegewezen, bij de schatting van de gedeerde netto-winst geen proratering toe.⁴⁵ RvA 18 november 1993, achtte het 'aannemelijk dat inschrijfster om zo snel mogelijk vervangend werk te vinden heeft afgezien van het maken van winst op die werken,' en wijst om die reden proratering van de gedeerde netto-winst af.⁴⁶ RvA 30 september 1998, achtte het gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval voor de gelaedeerde niet mogelijk om vervangend werk te vinden.⁴⁷ Ook in dat geval was er geen grond voor proratering van de gedeerde netto-winst. RvA 6 november 1998, overwoog ten principale dat 'de winstderving vergoedbaar is, los van de winst die op eventueel vervangend werk is behaald.'⁴⁸ De enige uitzondering op de regel vormt RvA 18 januari 1999, No. 19.398. In deze zaak had de gelaedeerde echter aangevoerd dat in de begroting was uitgegaan van een nihilpercentage voor winst en algemene kosten omdat het om een 'extra werk' ging. De RvA prorateerde tegen deze achtergrond de vergoeding voor dekkingsverlies en gedeerde winst op personeel en op materieel. Met de eerdergenoemde uitspraken is niet te verenigen RvA 27 december 1995, No. 17.453, waar arbiters slechts 20% van de geschatte winst

44 Zie RvA 9 april 1991, No. 15.008, BR 1991, p. 798: schadevergoeding begroot op NLG 10.000 bij een aanneemsom van NLG 61.250.

45 No. 12.930, BR 1990, p. 228.

46 No. 14.729, BR 1994, p. 626.

47 No. 19.807, BR 1999, p. 263.

48 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

toewijzen, waarbij het percentage correspondeert met de verhouding tussen de door arbiters vastgestelde leeglooperperiode en de geplande uitvoeringsduur.

3.5 *Onderdekking van algemene kosten*

‘Algemene kosten’ (‘AK’) vormen een standaardpost in iedere aannemersbegroting. Onder AK plegen te worden begrepen ‘kosten die op grond van het ontbreken van een (duidelijk) oorzakelijk verband met de afzonderlijke werken dan wel uit overwegingen van praktische doelmatigheid niet (direct noch indirect) aan afzonderlijke werken worden toegerekend.’⁴⁹ Onderdekking van algemene kosten behoort tot de schade die voor vergoeding in aanmerking behoort te komen. Hof Den Bosch 4 september 1996.⁵⁰

‘De algemene kosten, in hoofdzaak de kosten van de algemene leiding, de algemene en administratieve diensten, lopen door, ook wanneer een bepaald concreet werk niet doorgaat. Het karakter van deze kosten is juist dat deze slechts in betrekkelijk beperkte mate en met name ook niet onverwijld omgebogen kunnen worden naargelang een werk wel of niet doorgaat, anders dan ten aanzien van directe kosten zoals voor materieel en uitvoerend personeel. (...) Het niet in aanmerking nemen van algemene kosten als een te vergoeden post betekent, dat de aannemer in feite de vergoeding van (een deel van) zijn doorlopende kosten derft, met andere woorden niet zijn positief contractsbelang vergoed krijgt.’

In het aangehaalde arrest wees het Hof de vordering terzake van AK ten belope van een bedrag van 5% van de aanneemsom toe, conform hetgeen werd gevorderd. Het Hof achtte het gevorderde redelijk, in aanmerking genomen de (hogere) percentages die blijkens de brancheorganisatie VG Bouw en het Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid in de praktijk plegen te worden gehanteerd.

Het Hof ging niet in op de vraag of de onderdekking AK had kunnen/moeten worden opgevangen door het aannemen van vervangend werk. In procedures voor de RvA wordt die vraag in de regel wél aan de orde gesteld. Sterker nog: de beantwoording van deze vraag is niet zelden doorslaggevend voor de hoogte van de schadevergoeding. De beantwoording door de RvA hangt – als altijd – sterk af van de concrete feiten van het geval. Het algemene uitgangspunt is verwoord in RvA 6 november 1998:⁵¹ AK zijn slechts vergoedbaar ‘voorzoveel deze niet zijn goedge maakt door gevonden vervangend werk.’

49 Aldus Hof 's-Hertogenbosch 4 september 1996, NJ 1997, 364.

50 NJ 1997, 364.

51 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

RvA 18 november 1993, berekende aan de hand van accountantsgegevens dat de AK over de betrokken jaren gemiddeld 6,8% van de omzet van de gelaedeerde aannemer beliepen.⁵² Blijkens het vonnis stelden beide partijen dat de aannemer vervangende werken heeft uitgevoerd. De aannemer voerde echter aan dat hij op werken geen winst heeft gemaakt en geen dekking van algemene kosten heeft kunnen verkrijgen. Arbiters achten dat laatste onaannemelijk en oordelen als goede mannen naar billijkheid dat 60% van de AK geacht moet worden te zijn terugverdiend met vervangend werk. Toegewezen wordt derhalve 60% van 6,8% van de aanneemsom. Ook RvA 30 september 1998, wijst de vergoeding wegens onderdekking AK over de gehele contractperiode toe.⁵³ Aandacht verdient de navolgende overweging:

‘In het algemeen kan gesteld worden dat een aannemer die een werk mist zo spoedig mogelijk moet trachten een vervangend werk te verkrijgen teneinde haar schade te beperken. Met betrekking tot dit werk zijn arbiters van oordeel dat een soortgelijk vervangend werk, te weten een groen-onderhoudsbestek, zeer moeilijk binnen het jaar te verkrijgen is, omdat de meeste van die bestekken in het voorjaar en derhalve voor 1 mei van enig jaar worden aanbesteed. Arbiters zullen er derhalve van uitgaan dat het voor inschrijfster redelijkerwijs niet mogelijk moest worden geacht een vervangend werk te vinden, zodat zij haar schade niet heeft kunnen beperken.’

Deze overweging is mede interessant omdat zij een duidelijk licht werpt op de bewijslastverdeling: de mogelijkheid van het verkrijgen van vervangend werk wordt vooropgesteld, en het is aan de aannemer om aannemelijk te maken dat zulks in het betreffende geval om objectieve redenen niet mogelijk was. Dit is bijzonder gezien de gebruikelijke bewijslastverdeling met betrekking tot schadebeperkingsver-
weren.

RvA 10 november 1993 achtte geen grond aanwezig om de vergoeding voor niet gedekte AK te relateren aan de waarde van het totale contract.⁵⁴ Na op basis van de stellingen van de eisende partij te hebben geconcludeerd dat moeten worden uitgegaan van leegloop van personeel en materieel gedurende een periode van 7 weken bij een geplande uitvoeringsduur van 80 weken, bepaalde de RvA de vergoeding wegens onderdekking AK op 7/80 van het percentage dat de AK van de totale jaaromzet van eiseres uitmaken. Eenzelfde benadering werd gevolgd in

52 No. 14.729, BR 1994, p. 626.

53 No. 19.807, BR 1999, p. 263.

54 No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

RvA 27 december 1995, waar de leeglooperperiode werd geschat op 1/5 van de geplande uitvoeringsduur.⁵⁵

Aannemers plegen nog wel eens aan te voeren dat het gemiste werk als een 'extra werk' moet worden aangemerkt, met dien verstande dat de vergoeding voor AK in zijn geheel als winst moet worden aangemerkt. Een en ander was aan de orde in RvA 6 november 1998.⁵⁶ Arbiters stelden op basis van de door eiseres verschaft gegevens vast dat geen onderdekking van AK was opgetreden, hetgeen op zich de feitelijke juistheid van de stelling van eiseres bevestigt. Hoewel in de begroting voor het werk was uitgegaan van een winstpercentage van 2%, wezen arbiters wegens gederfde winst een bedrag ter grootte van 4,4% van de aanneemsom toe, welk percentage correspondeerde met de gemiddelde winst van eiseres over een periode van vijf jaar. Nu vaststond dat het daadwerkelijk om een 'extra werk' ging, valt niet goed in te zien waarom arbiters de vergoeding wegens winstderving beperkten tot die 4,4% hoewel de begrotingsposten voor winst en AK gezamenlijk aanzienlijk hoger moeten zijn geweest. Hier is sprake van een abstrahering die onvoldoende recht lijkt te doen aan de feiten van het geval. In dit verband moet ook worden bedacht dat eiseres, juist omdat sprake was van een 'extra werk,' geen vergoeding voor leegloop van personeel en materieel had gevorderd. Wat resulteerde was een schadevergoeding die ver achterbleef bij hetgeen normaalgesproken voor vergoeding in aanmerking komt. Kort voordien, in RvA 30 september 1998, hadden arbiters het argument dat sprake was van een 'extra werk' afgewezen op grond van de feitelijke overweging dat het een werk betrof dat de aannemer reeds sedert jaren vast voor de aanbesteder uitvoerde.⁵⁷ Om die reden namen arbiters de door de aannemer de in diens inschrijvingsbegroting verdisconteerde post AK in aanmerking als daadwerkelijk benodigd voor de dekking van AK.

In RvA 18 januari 1999, was het voor de afwisseling de aanbesteder die zich bediende van het argument dat van winstderving geen sprake was omdat de aannemer in de begroting van het werk was uitgegaan van een nihilpercentage voor winst en AK.⁵⁸ Ter zitting bleek dat het ging om een extra werk, waarbij de dekking voor AK en winst gelijkelijk over de diverse kostenposten was verdeeld. Langs die weg werd het dekkingsverlies door arbiters alsnog toegewezen.

3.6 *Onderbezetting materieel*

Kosten van deze categorie worden dikwijls opgevoerd, doch doorgaans slechts zeer ten dele als afzonderlijke schadepost aanvaard. Onderbezetting kan slechts

55 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

56 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

57 No. 19.807, BR 1999, p. 263 nt. H. Nijholt.

58 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

als schadepost worden opgevoerd voor zover aannemelijk kan worden gemaakt dat het materieel niet voor vervangend werk kan worden ingezet. In dat verband zijn aard en omvang van het werk van belang.

In RvA 27 december 1995, waren arbiters met eiseressen van oordeel 'dat een leeglooperperiode van dertien weken (door de aanbesteder erkend, AA & EPH) in het onderhavige geval, minder is dan billijk is te noemen.'⁵⁹ Arbiters overwogen daarbij dat het om een op dit gebied groot werk ging dat niet vaak in die omvang wordt aanbesteed, zodat het missen van dit werk meebracht dat het door meerdere kleinere werken voor ieder der combinanten afzonderlijk moest worden vervangen. Dit kon betekenen dat zelfs indien enig vervangend werk binnen dertien weken is gevonden na afloop van dit vervangende kleinere werk weer leegloop kon optreden. In casu werd een periode van 26 weken redelijk geacht. Daarbij namen arbiters tevens in aanmerking de ontwikkeling van de gemiddelde inzetpercentages van het materieel van de aannemer gedurende een periode van enkele jaren rond de geplande uitvoeringsperiode. De geplande duur van het werk zelf was als zodanig geen relevante factor, want geen factor die bepalend is voor het antwoord op de vraag binnen welke termijn vervangend werk kan worden gevonden. Omgekeerd werd weer wél relevant geacht het feit dat de aannemer in de periode vanaf de datum van de aanbesteding tot de datum waarop bij scheidsrechterlijk vonnis de – onrechtmatige – gunning van het werk aan een derde in stand werd gelaten, had mogen menen dat hij het materieel voor de uitvoering van het werk gereed moest houden. Als te vergoeden kosten werden aangemerkt de afschrijvingskosten, maar niet vaste lasten als verzekering en bepaalde vormen van onderhoud.

Eenzelfde uiterst gedetailleerde benadering spreekt uit andere arbitrale vonnissen. RvA 17 oktober 1989, de eerste zaak waarin het tot een gedetailleerde schadebegroting komt, zijn de lijnen uitgezet die in de latere jurisprudentie consequent worden doorgetrokken:⁶⁰ toegewezen wordt schadevergoeding wegens onderdekking materieelkosten over een periode van 15 weken. Deze periode is de som van de periode tussen de datum van de aanbesteding en de datum van de afwijzing van de inschrijving van eiseres en de periode waarin eiseres vervangend werk had moeten vinden. Arbiters achtten enkel de kosten van rente en afschrijving vergoedbaar; onderhoudskosten en benzinekosten bleven buiten beeld. In RvA 10 november 1993, claimde de inschrijver verlies wegens stilstand van zeker voor de aanbesteede zandwinning benodigd materieel.⁶¹ Arbiters oordeelden op basis van eigen kennis en ervaring dat 50% van het genoemde materieel gedurende 2,5 weken volledig zou zijn ingezet. Op de gestelde kosten werden voorts (bespaarde) onderhoudskosten in mindering gebracht.

59 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

60 No. 12.930, BR 1990, p. 228.

61 No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

Frappant is RvA 18 januari 1999.⁶² De gemiste opdracht betrof onderhoud van groenvoorzieningen over een periode van drie jaar. Omdat vaststond dat het in te zetten materieel onderbezet was, achtten arbiters het gerechtvaardigd het dekkingsverlies (met inbegrip van de gederfde winst) over materieel toe te kennen over een periode van twee jaar, waarbij zij aanvoerden dat eiseres geacht moest worden binnen twee jaar voldoende vervangend werk te vinden.

3.7 *Onderbezetting personeel*

Hiervoor gelden in beginsel dezelfde uitgangspunten als voor onderbezetting van materieel, met dien verstande dat als te vergoeden kosten het bruto-loon inclusief sociale lasten over de leeglooperperiode in aanmerking wordt genomen.⁶³ In zijn algemeenheid geldt zowel voor materieel als personeel dat de alternatieve inzetbaarheid mede afhangt van de aard en omvang van het werk, alsook van de aard (specialisatie) en omvang van de werkzaamheden. RvA 18 januari 1999, dat betrekking had op groenonderhoud over een periode van drie jaar, wees de vergoeding voor dekkingsverlies en winstderving op personeel toe voor een periode van één jaar, daarbij in aanmerking nemend 'dat onderhoudsbestekken in het algemeen eenmaal per jaar worden aanbesteed in het voorjaar, zodat inschrijfter geacht moet worden in 1996 (dat wil zeggen een jaar later, AA & EPH) voor voldoende vervangend werk te hebben kunnen zorgen.'⁶⁴ Overigens had de RvA in diezelfde zaak een overeenkomstige vordering terzake van materieel toegewezen over een periode van twee jaar (zie boven), waarmee wordt onderstreept dat de periode waarover vergoeding wegens leegloop kan worden gevorderd kan verschillen voor materieel en personeel.

Uit laatstgenoemde uitspraak moet niet worden afgeleid dat de RvA voor leegloop van materieel en personeel altijd verschillende perioden in aanmerking neemt. Het tegendeel is het geval: RvA 27 december 1995, oordeelt dat voor het personeel eenzelfde periode in aanmerking moet worden genomen als voor het materieel⁶⁵: in casu 26 weken. Over de mogelijkheid de schade te beperken door (tijdelijk) ontslag van personeel onderschrijven arbiters de stelling van de gepasseerde inschrijver 'dat tenminste de normale opzegperiodes in acht genomen dienen te worden en dat vervolgens de procedure bij het GAB nog zoveel tijd in beslag neemt, dat het doorgaans de moeite niet loont het personeel tijdelijk te ontslaan.'

62 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

63 Zie in dit verband RvA 27 december 1995, No. 17.453 (niet gepubliceerd).

64 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

65 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

RvA 10 november 1993, was nog zeer restrictief waar het de vergoeding wegens onderdekking loonkosten betreft.⁶⁶ de inschrijver voerde aan dat twee uitvoerders wegens het mislopen van het werk enkele weken werkloos waren geweest. De RvA constateerde dat het blijkens de loonstaten ging om assistent-uitvoerders, die ingeval van gebrek aan werk recht hebben op een werkloosheidsuitkering. Om die reden kon van een verlies geen sprake zijn. Bovendien oordeelden arbiters dat een aanvulling op de werkloosheidsuitkering onder de AK viel, en reeds via de band van de onderdekking AK in de schadebegroting waren verdisconteerd. RvA 17 oktober 1989, volgde eenzelfde benadering.⁶⁷ Uit de gepubliceerde tekst van het vonnis lijkt te kunnen worden afgeleid dat een vergoeding wegens onderdekking personeelskosten in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt: 'Ook te dezer zake zijn arbiters van oordeel, dat eiseres verplicht was de schade zoveel mogelijk te beperken door personeel op ander werk of in de werkplaats in te schakelen of in de WW te plaatsen.' Dit uitgangspunt lijkt in de latere jurisprudentie te zijn verlaten.

3.8 Andere schadeposten

Ten slotte kunnen nog enige restposten worden onderscheiden waarvan een enkele keer vergoeding is gevorderd. De uitkomsten kunnen als volgt worden samengevat.

Gederfde inkoopwinsten zijn als schadepost erkend in RvA 27 december 1995.⁶⁸ In mindering werden gebracht betalingskortingen, omdat deze 'wegens snellere dan verplichte betaling geen winst opleveren doch slechts een wijze van financiering betekenen.' In diezelfde uitspraak wezen arbiters de gevorderde vergoeding van gederfde winst en dekking van AK over meerwerk toe. De vordering van eiseres was gebaseerd op een 'normaal' percentage van de aanneemsom, de toewijzing was gebaseerd op het door gedaagde opgegeven bedrag dat in werkelijkheid met meerwerk gemoeid was geweest (het werk was kennelijk inmiddels opgeleverd).

Tot AK worden onder meer gerekend intern uitgevoerde calculatiekosten⁶⁹ en meer in het algemeen voorbereidingskosten,⁷⁰ met als consequentie dat deze kosten in beginsel niet separaat voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. De desbetreffende vorderingen werden dan ook afgewezen. RvA 6 november 1996, wees daarentegen een separate vordering wegens gemaakte kosten ter verkrijging van het werk toe.⁷¹ Ook wezen arbiters een 'rekenvergoeding' toe, waarmee zij

66 No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

67 No. 12.930, BR 1990, p. 228.

68 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

69 RvA 10 november 1993, No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

70 RvA 27 december 1995, No. 17.453 (niet gepubliceerd).

71 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

doelden op de kosten van het maken van een begroting. De (enige) reden voor toewijzing van deze bedragen zal gevonden moeten worden in het feit dat in de betreffende zaak geen sprake bleek te zijn van onderdekking AK.

Ingevolge artikel 6:96 lid 2 sub b BW komen 'redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid' voor vergoeding in aanmerking. Dat geldt uiteraard ook in de aanbestedingsrechtelijke context. Niettemin wordt vergoeding van deze kosten zelden gevorderd. RvA 18 januari 1999, vormt een uitzondering op de regel:⁷² vergoeding van de kosten van het opstellen van een accountantsrapport werd gevorderd en toegewezen.

Schade die niet op het gemiste werk zelf betrekking heeft komt, zo werd in het inleidende deel van deze bijdrage reeds opgemerkt, in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking. In het verleden werd nog wel eens vergoeding gevorderd van winstderving op mogelijke toekomstige werken via de band van het mislopen van relevante ervaring door de niet-gunning van het werk in kwestie. Volgens RvA 27 december 1995, is geen sprake van vergoedbare schade.⁷³ Immers, het is 'voor de Combinatie onmogelijk te bewijzen dat zij binnen vijf jaar na oplevering van het werk een ander werk mist alleen doordat zij de ervaring van het onderhavige werk mist, zodat zij daardoor schade lijdt. Het gaat daarbij om een loutere toekomstverwachting.'

Schade wegens naamsverlies is in het verleden een aantal keren gevorderd, door de RvA echter steevast afgewezen.⁷⁴

4 Tot besluit

De inhoud van deze bijdrage moge duidelijk hebben gemaakt dat de problematiek van schadevergoeding en schadeberekening in aanbestedingszaken nog veel onbeantwoorde vragen kent. Dat die vragen bijwijken aanleiding geven tot stevige discussies tussen de beide auteurs onderling, onderstreept de noodzaak van verdere rechtsvorming door wetgever, rechter en arbiters. Het laat ook zien dat het hier gaat om een boeiend rechtsgebied, waar zich ontwikkelingen voordoen die niet alleen wetenschappelijk interessant zijn, maar die ook van groot belang zijn voor de praktijk. Het aanbestedingsrecht is ook op dit punt voorlopig bepaald geen 'rustig bezit.'

72 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

73 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

74 Zie onder meer RvA 17 oktober 1989, No. 12.930, BR 1990, p. 228.